

ANNOTATIE

Maatschappelijke gelijkstelling met de dienstbetrekking; is dit nu nodig?

mr. dr. L. van den Berg

Annotatie bij Hoge Raad, 27-05-2022, ECLI:NL:HR:2022:772 (AR-2022-0944)

1 Inleiding

Het komt niet vaak voor dat de Hoge Raad (fiscale kamer) zich uitlaat over de regeling van de fictieve dienstbetrekkingen en wanneer dat gebeurt, betreft het in de regel de uitleg van de bepalingen in het zogenoemde; de algemene maatregel van bestuur (amvb) die is gebaseerd op de (identieke) artikelen 5 Ziektewet (ZW) en Werkloosheidswet (WW). Zo heeft de Hoge Raad zich in het (tweede) *B-notarissen*-arrest bijvoorbeeld uitgesproken over de uitleg die moet worden gegeven aan de in artikel 8 lid 1 onder b Rariteitenbesluit opgenomen uitzondering op de gelijkstelling met de dienstbetrekking ingeval de arbeid uitsluitend voor rekening en risico komt van de onderneming van de rechtspersoon waarvan hij directeur-groootaandeelhouder is (HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:283).

In het onderhavige arrest gaat het over de uitleg van de regeling van de zogenoemde rariteiten in artikel 5 onder d ZW en WW. Volgens artikel 5 aanhef en onder a tot en met c ZW en WW kunnen bij amvb regels worden gesteld, op grond waarvan als dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van onder meer thuiswerkers, hun hulpen, en musici en artiesten. Onderdeel d van artikel 5 ZW en WW biedt een soortgelijke mogelijkheid voor de arbeidsverhouding van de persoon die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht en wiens arbeidsverhouding niet reeds op grond van dit artikel en de artikelen 3 en 4 ZW en WW als dienstbetrekking wordt beschouwd, maar hiermee maatschappelijk kan worden gelijkgesteld. In het Besluit aanwijzing gevallen waarin arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd – hierna aangeduid als het Rariteitenbesluit – zijn de voorwaarden voor gelijkstelling van de in artikel 5 ZW en WW genoemde arbeidsverhoudingen (hierna: rariteiten) verder uitgewerkt. De artikelen 3, 4a, 5 en 5a Rariteitenbesluit zijn gebaseerd op artikel 5 onder d ZW en WW. Artikel 5a Rariteitenbesluit regelt de gelijkstelling van de sekswerker. Sekswerker is de persoon die tegen betaling seksuele handelingen met of voor een ander verricht. Het artikel behelst materieel een mogelijkheid tot *opting-out*. Van gelijkstelling

is volgens artikel 5a lid 1 Rariteitenbesluit geen sprake indien wordt voldaan aan bij ministeriële regeling te stellen voorwaarden. Deze voorwaarden, opgenomen in artikel 2b Uitvoeringsregeling Loonbelasting 2001, hangen kort gezegd samen met het waarborgen van een vorm van ‘goed werkgever/opdrachtgeverschap’. In ruil voor het waarborgen van fatsoenlijke arbeidsomstandigheden wordt de werkverschaffer vrijgesteld van de loon- en premieheffingen. In deze bijdrage laat ik de details over de lagere regelgeving over sekswerkers verder buiten beschouwing en ga ik (na een korte weergave van de feiten en de rechtsoordelen van Hof en Hoge Raad) dieper in op de uitleg die door de Hoge Raad wordt gegeven aan artikel 5 onder d ZW en WW. Deze uitleg behelst kort gezegd dat het niet aan de regering, maar aan de rechter is om te oordelen dat sprake is van een arbeidsverhouding die ‘maatschappelijk met een dienstbetrekking kan worden gelijkgesteld’. Na een korte uiteenzetting van de jurisprudentie over ‘de maatschappelijke gelijkstelling’ als afzonderlijk te toetsen element van de fictieve dienstbetrekkingen, ga ik inhoudelijk in op dit (nieuwe) element. Hoe verhouden deze gezichtspunten zich tot die welke worden gehanteerd bij de beoordeling van (het ontbreken van) de arbeidsovereenkomst? Is er aanleiding om te concluderen dat een inhoudelijke toets van de maatschappelijke gelijkstelling (daadwerkelijk) leidt tot een beperktere reikwijdte van de regeling van de fictieve dienstbetrekkingen?

2 Feiten en rechtsoordeel Hof en Hoge Raad

In het onderhavige geval betreft het een aanbieder van erotisch getinte diensten via een digitaal platform (hierna: het platform). De diensten worden verricht door ‘freelance werkende vrouwen’ (hierna: *agents*). Het platform verzorgt de marketing en regelt de vereiste computertechnologie. Het platform exploiteert 0906-telefoonnummers en biedt de agents de mogelijkheid om met hun eigen webcam en telefoon vanuit huis erotisch getinte video- en telefoondiensten aan te bieden op zijn website. De klanten kunnen op die website tegen betaling de agents zien en met hen bellen, sms-en en/of chatten. De agents beslissen zelf – binnen de kaders van het aangeboden digitale platform, de algemene voorwaarden en algemene diensten voorwaarden – welke erotische video- en telefoondiensten zij aanbieden aan de klanten. De agents zijn verplicht de door hen aangeboden diensten zelf – overeenkomstig het door hen zelf opgestelde profiel – te verlenen. Belanghebbende is verplicht de agents een vergoeding te betalen voor de diensten die zij aan de klanten hebben geleverd. De agents kunnen de klanten niet rechtstreeks aanspreken voor betaling. Het platform kijkt (steekproefsgewijs) mee om te beoordelen of de agents conform de algemene (diensten) voorwaarden werken. Indien een agent daaraan driemaal niet voldoet, maakt het platform het voor die agent onmogelijk om op het platform in te loggen.

De Inspecteur heeft aan belanghebbende voor vier in Nederland wonende agents beschikkingen gegeven als bedoeld in artikel 59 lid 3 Wet financiering sociale verzekeringen. Met deze beschikkingen geeft de Inspecteur een zogenoemde ‘voor bezwaar vatbare beschikking’ (kort gezegd: besluiten) af over de verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen. In het onderhavige geval hield de beschikking in dat de agents verzekerd zijn op grond van de werknemersverzekeringen. Volgens de Inspecteur is sprake van een fictieve dienstbetrekking als bedoeld in artikel 5 onder d ZW en WW in verbinding

met artikel 5a Rariteitenbesluit. De agents staan, wegens het ontbreken van een gezagsrelatie, niet in privaatrechtelijke dienstbetrekking tot belanghebbende.

Het gerechtshof Amsterdam (hierna: hof) oordeelt dat de Inspecteur de agents ten onrechte heeft aangemerkt als verzekerd voor de werknemersverzekeringen. De arbeidsverhouding van de agents tot belanghebbende wordt niet als (fictieve) dienstbetrekking aangemerkt. Het hof meent dat een fictieve dienstbetrekking in de zin van artikel 5a Rariteitenbesluit alleen kan worden aangenomen als de arbeidsverhouding maatschappelijk gelijk kan worden gesteld met een dienstbetrekking. Dat is volgens hem niet het geval. De rechtsverhouding tussen de belanghebbende en de agents wordt volgens het hof gekenmerkt doordat:

- (a) de agents geen enkele verplichting hebben met betrekking tot de vraag of en zo ja wanneer zij hun werkzaamheden verrichten; er bestaat ook geen enkele verplichting tot overleg of afstemming met betrekking tot (mogelijke) werktijden;
- (b) de agents met een klant aanvullende afspraken mogen maken buiten het platform – en derhalve buiten belanghebbende – om;
- (c) de agents zich naar de (potentiële) klanten op het platform presenteren/promoten door middel van een geheel door hen zelf vervaardigd profiel; zij zijn daarbij niet gebonden aan enig format, en bepalen dus voor een belangrijk deel zelf hoe zij zich presenteren/promoten, waarmee zij in ieder geval tot op zekere hoogte direct invloed uitoefenen op de (hoogte van de) door hen gegenereerde inkomsten; en
- (d) er geen sprake is van een door belanghebbende aan de agents ter beschikking gestelde werkplek of apparatuur en ook overigens niet van enige andere voorziening anders dan de mogelijkheid gebruik te maken van het Platform.

Deze aspecten van de rechtsverhouding, in samenhang beschouwd, maken dat de rechtsverhouding tussen belanghebbende en de agents op wezenlijke punten in zodanig grote mate afwijkt van hetgeen bij een dienstbetrekking gebruikelijk is, dat niet gezegd kan worden dat de arbeidsverhouding tussen de agents en belanghebbende maatschappelijk gelijk kan worden gesteld met een dienstbetrekking.

De staatssecretaris meent dat het hof artikel 5 WAO/ZW/WW) in samenhang met artikel 5a Rariteitenbesluit heeft geschonden met het oordeel dat bij als sekswerker werkzame personen geen sprake is van een fictieve dienstbetrekking. Het hof heeft zijns inziens ten onrechte zelf getoetst of de litigieuze arbeidsverhouding naar maatschappelijke opvattingen gelijk kan worden gesteld met een dienstbetrekking, hoewel de wet die bevoegdheid bij de besluitgever legt.

De Hoge Raad oordeelt – onder verwijzing naar de conclusie van de advocaat-generaal (A-G) – dat het middel faalt.

2 De maatschappelijke gelijkstelling als element van de fictieve dienstbetrekking

Uit het onderhavige arrest vloeit kort gezegd voort dat de maatschappelijke gelijkstelling met de dienstbetrekking voor de rariteiten als bedoeld in artikel 5 lid 1 onder d ZW en WW een afzonderlijk door de rechter te toetsen element van de fictieve dienstbetrekking betreft.

De (schaarse) jurisprudentie over de vraag of de ‘maatschappelijke gelijkstelling’ een afzonderlijk door de rechter te toetsen element is, is niet eenduidig. De Centrale Raad van Beroep (CRvB) hield in zijn jurisprudentie tot en met 2003 ruimte voor een inhoudelijke toets van de maatschappelijke gelijkstelling. Hoofregel was dat indien voldaan is aan de eisen opgesomd in het Rariteitenbesluit, de desbetreffende arbeidsverhouding maatschappelijk gezien met een dienstbetrekking moet worden gelijkgesteld. Dit was slechts anders indien gezegd moet worden dat de arbeidsverhouding een zodanig karakter draagt, dat ook al is aan deze eisen voldaan, niet van een maatschappelijke gelijkstelling kan worden gesproken (CRvB 3 november 1975, RSV 1976/108). Een dergelijke uitzondering is in de mij bekende jurisprudentie slechts één keer aangenomen. De arbeidsverhouding van de maatschappelijk werkster die als lid van een indicatiecommissie (ruimhartige) vergoedingen voor het bijwonen van vergaderingen en het opstellen van adviezen ontving, kon niet worden gelijkgesteld met een dienstbetrekking. De CRvB achtte hiertoe bepalend het bijzondere karakter van de adviestaak en de plaats en functie van de betrokkene als deskundige binnen de commissie (CRvB 8 december 1993, AB 1994/173). In een uitspraak uit 2003 over de in artikel 3 Rariteitenbesluit opgenomen tussenkomstbepaling lijkt de CRvB echter om te zijn gegaan door geen uitzondering meer toe te laten op de hoofregel. Nu de betrokken loopbaanbegeleiders voldeden aan de in artikel 3 Rariteitenbesluit opgenomen vereisten, is daarmee volgens de CRvB tevens gegeven dat de betreffende arbeidsverhouding met een dienstbetrekking moet worden gelijkgesteld (CRvB 25 september 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AM0297). Een recentere uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden over de persoonlijke arbeid-verrichter gaat uit van hetzelfde uitgangspunt (Hof Arnhem-Leeuwarden 15 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10512).

De Hoge Raad kiest echter in navolging van A-G Wattel (concl. A-G 4 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:213) voor een andere interpretatie. Kort gezegd is het niet aan de besluitgever, maar aan de rechter om te oordelen dat een arbeidsverhouding maatschappelijk met een dienstbetrekking kan worden gelijkgesteld. De A-G leunt hierbij op de wetsgeschiedenis van de voorlopers van de Wet op de loonbelasting 1964 (Wet Lb 1964). Zo bevatte het wetsontwerp loonbelasting 1958 een (bij amvb uit te werken) gelijkstellingsbepaling voor ‘persoonlijke arbeid-verrichters’. Volgens de leden van de vaste Commissie voor Financiën was deze bepaling veel te ruim geformuleerd. Bij wet behoort te worden bepaald wie al dan niet subjectief belastingplichtig is, zodat deze belastingplicht onderworpen is aan het oordeel van de Staten-Generaal. De omschrijving ‘degene, die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht’ was volgens de commissieleden zo ruim dat daaronder gebracht zouden kunnen worden advocaten, notarissen, accountants, belastingconsulenten, artsen, enzovoort. Bovenstaande maakte dat de leden van mening waren dat de bepaling veel beperkter geformuleerd diende te worden. Naar aanleiding van deze kritiek is aan de tekst van de gelijkstellingsbepaling in de Wet LB 1960 de eis van maatschappelijke gelijkstelling met de

dienstbetrekking toegevoegd. De A-G neemt deze parlementaire geschiedenis als uitgangspunt voor de hedendaagse uitleg van artikel 5 onder ZW en WW. Volgens de A-G is de in de artikel 5 onder d ZW en WW gedelegeerde bevoegdheid beperkt tot de arbeidsverhouding van personen die tegen beloning persoonlijk arbeid verrichten, mits die arbeidsverhouding maatschappelijk gelijk kan worden gesteld met een civielrechtelijke dienstbetrekking (nr. 7.4). De rechter moet nagaan of de gedelegeerde lagere wetgever binnen zijn door de formele wetgever aan hem gedelegeerde bevoegdheid is gebleven. Gaat de lagere wetgever buiten de aan hem gedelegeerde bevoegdheid, dan heeft zijn amvb in zoverre geen rechtsbasis en is hij in zoverre onverbindend, aldus de A-G (nr. 7.5).

Deze uitleg brengt potentieel de nodige rechtsonzekerheid mee. Het kan immers nog vele jaren duren voordat de rechtsontwikkeling over dit begrip zover is dat ook in de uitvoeringspraktijk voldoende grip bestaat op het begrip ‘maatschappelijke gelijkstelling met de dienstbetrekking’. De vraag rijst bijvoorbeeld hoe de eisen die gelden voor maatschappelijke gelijkstelling zich verhouden tot de ‘gewone dienstbetrekking’. Aan de andere kant is ook de vraag gerechtvaardigd wat de eis van maatschappelijke gelijkstelling nu daadwerkelijk toe zal voegen aan de reeds in het Rariteitenbesluit neergelegde eisen voor gelijkstelling met de dienstbetrekking. Is er aanleiding om te concluderen dat een inhoudelijke toets van de maatschappelijke gelijkstelling (daadwerkelijk) leidt tot een beperktere scope van de regeling van de fictieve dienstbetrekkingen? Op deze vragen ga ik hieronder verder in.

3 Indicaties (ontbreken) maatschappelijke gelijkstelling versus (ontbreken) arbeidsovereenkomst

Hieronder zal ik allereerst de uit het arrest volgende handvatten voor het ontbreken van maatschappelijke gelijkstelling bespreken en de vraag behandelen in hoeverre deze handvatten (uitsluitend) in de richting van het ontbreken van (de elementen van) een privaatrechtelijke dienstbetrekking (arbeidsovereenkomst) wijzen. Ik leg hier de focus op de meer klassieke uitleg van de elementen van de dienstbetrekking. Vervolgens zal ik nagaan of er aanwijzingen zijn dat de eis van maatschappelijke gelijkstelling (in het onderhavige geval) daadwerkelijk leidt tot een beperktere reikwijdte van de regeling van de rariteiten.

Ik vat de overeengekomen rechten en verplichtingen (hierna aangeduid als gezichtspunten) die wijzen op het ontbreken van maatschappelijke gelijkstelling hier als volgt samen:

(a) het ontbreken van de verplichting voor de werkenden op een oproep te komen werken, alsmede van een verplichting tot overleg of afstemming omtrent (mogelijke) werktijd;

(b) het ontbreken van een relatie- of concurrentiebeding;

(c) het aan de zijde van het platform ontbreken van een door de werkverschaffer ter beschikking gesteld format omtrent de wijze van presentatie van de werkenden naar (potentiële) klanten;

(d) het ontbreken van door de werkverschaffer aan de werkenden ter beschikking gestelde

werkplek of apparatuur of voorzieningen, anders dan de mogelijkheid gebruik te maken van het platform.

Het eerste gezichtspunt wordt in de oude literatuur over oproepcontracten wel omschreven als 'de vrijheid van komen en gaan'. Deze vrijheid kon in de (zeer) oude jurisprudentie van de CRvB zowel leiden tot het ontbreken van het element arbeid, als tot de afwezigheid van een gezagsverhouding (vgl. CRvB 15 december 1975, RSV 1976/253). Volgens de (iets minder oude) CRvB- jurisprudentie over oproepcontracten leidt de vrijheid *van komen* er echter hooguit toe dat niet van een doorlopende arbeidsovereenkomst (dus tussen de oproepen in) kan worden gesproken. Door toepassing van de in artikel 7:668a Burgerlijk Wetboek (BW) neergelegde ketenregeling zal in een dergelijk geval in ieder geval na de vierde oproep (toch) een onbepaaldtijdscontract bestaan (vgl. ook CRvB 4 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2668). Discussie is nog wel mogelijk over de vraag of in een dergelijk geval ook sprake is van 'overeengekomen arbeid'. Volgens de CRvB ligt het niet zonder meer in de rede om voor de vaststelling aan te sluiten bij de arbeidsomvang van de laatste oproep, de toepassing van de ketenregeling mag in zijn algemeenheid niet leiden tot een onevenredige benadeling of bevoordeling van de werkgever of werknemer (CRvB 5 oktober 2005, RSV 2006/11). Van Fenema stelt voor om in een dergelijk geval het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW analoog toe te passen (E.C. van Fenema, 'Oproepovereenkomsten' (2.2.3), in: E. Verhulp & D. de Wolff (red.), *Flexibele arbeidsrelaties* (MSR nr. 25), Deventer: Wolters Kluwer 2017).

Zelfs de vrijheid van *komen en gaan* behoeft volgens de oude CRvB- jurisprudentie niet aan de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst in de weg te staan. Indien de vrijheid van komen en gaan een systeem van variabele aankomst- en vertrektijden tot uitdrukking brengt, waarbij de variabele werktijden niet tot desintegratie van de bedrijfsvoering leiden, kon volgens de oude CRvB-jurisprudentie een gezagsverhouding niet worden uitgesloten (CRvB 22 februari 1989, RSV 1989/244).

De arbeidsrechtelijke literatuur is wat strenger. Indien de werkende naar eigen believen kan weigeren arbeid te verrichten, dan is volgens *Arbeidsrechtelijke themata* en *Van der Grinten* geen sprake van een arbeidsovereenkomst (zie: A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag/Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 148; Bouwens, Duk & Bij de Vaate/*Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht 2020/1.3.1.*) *Arbeidsrechtelijke themata* kwalificeert het element persoonlijke arbeidsverplichting overigens als 'niet onproblematisch', onder meer omdat in de lagere jurisprudentie wisselend wordt geoordeeld over de vraag of de volledige vrijheid van werkers om te komen werken (en vervangingsvrijheid) verenigbaar is met de persoonlijke arbeidsverplichting als element van de arbeidsovereenkomst (t.a.p., p. 149). Ik sluit me aan bij deze constatering. Met name wanneer bij de vaststelling van de 'overeengekomen rechten en plichten zwaar wordt geleund op bedingen in het schriftelijke contract, krijgt de werkverschaffer immers het te veel in de hand om arbeidsrechtelijke bescherming van werkenden te ecarteren, met een mogelijke *race to the bottom* als gevolg (zie ook reeds: L. van den Berg, 'De zelfstandige zonder personeel' (6.2.3 en 6.6) in: E. Verhulp & D.J.B. de Wolff (red.), *Flexibele arbeidsrelaties* (MSR 25), Deventer: Wolters Kluwer 2017).

Uiteraard speelde de bovengenoemde jurisprudentie in een tijd waarin de opkomst van de platformeconomie nog ver weg en nauwelijks denkbaar was en waarbij het lastig voorstelbaar was dat een volledige vrijheid van komen (behoudens in geval van vervanging door een andere medewerker uit een pool) en gaan niet tot desintegratie van de bedrijfsvoering zou leiden. Dit lijkt in wezen alleen denkbaar in geval van (potentieel) zeer kortdurende ‘diensten’/‘oproepen’, zoals aan de orde in de casus die ten grondslag ligt aan het onderhavige arrest.

Uitgebreide bespiegelingen over de gevolgen van het aanvaarden van een doorlopende arbeidsovereenkomst (of oproepovereenkomst als bedoeld in art. 7:628a lid 9 BW) in het onderhavige geval voor de toepassing van artikel 7:628a lid 1 BW, laat ik hier even achterwege. Maar u kunt zich wellicht voorstellen dat – met het arrest *Taxicentrale Wolters* (HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2907, AR-Updates.nl 2013-0363 met annotatie van F.M. Dekker) in het achterhoofd – het ontbreken van een overeengekomen arbeidsomvang een dure grap voor de werkgever kan worden indien iedere *online meeting* met een klant als een afzonderlijke oproep zou worden gekwalificeerd. In dat geval zou artikel 7:628a lid 1 BW immers meebrengen dat bij iedere online meeting met een klant recht ontstaat op loon voor drie uur.

De agents in het onderhavige arrest hadden de vrijheid om buiten het platform om aanvullende afspraken met klanten te maken. Ik heb dit gezichtspunt vertaald naar het iets algemener geformuleerde gezichtspunt van het ontbreken van een relatie- of concurrentiebeding. Indien deze interpretatie van de overweging van het hof juist is, dan behoeft het weinig toelichting dat dit gezichtspunt niet bijzonder onderscheidend is voor het afbakenen van de arbeidsovereenkomst. Indien het hof hiermee (tevens) doelt op het ontbreken van zeggenschap over de wijze waarop de werkende zijn arbeid verricht, dan wijst dit gezichtspunt wat uitdrukkelijker (evenals het hiernavolgende) op de afwezigheid van een gezagsverhouding.

Het ontbreken van een format wat betreft de presentatie van de agent naar de klant geldt als voorlaatste factor die in het onderhavige arrest wijst op het ontbreken van maatschappelijke gelijkstelling. Ook deze eis kan eenvoudig worden vertaald als een gezichtspunt dat wijst op het ontbreken van zeggenschap over de wijze waarop de arbeid wordt verricht; dus ook op het ontbreken van een gezagsverhouding.

De laatste factor die wijst op het ontbreken van maatschappelijke gelijkstelling vormt het ontbreken van aan de agents ter beschikking gestelde werkplek, apparatuur of andere voorzieningen. Ook dit gezichtspunt zou kunnen worden herleid naar het ontbreken van de gezagsverhouding, of specifiek; het ontbreken van inbedding van de werkzaamheden in een (door de werkverschaffer aangebracht) organisatorisch kader. In haar conclusie bij het *Deliveroo*-arrest (concl. A-G 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578) stelt A-G de Bock zich op het standpunt dat dit gezichtspunt een zwaarwegende factor is bij de beoordeling of voldaan is aan het element ‘in dienst’.

We kunnen constateren dat vrijwel alle gezichtspunten voor het ontbreken van

maatschappelijke gelijkstelling met de dienstbetrekking te herleiden zijn naar het ontbreken van het gezagslement van de arbeidsovereenkomst. Dat kan opmerkelijk genoemd worden. Omdat voor de regeling van de fictieve dienstbetrekkingen nu juist geen gezagsverhouding is vereist, zou het praktisch nut van de regeling denkbeeldig worden indien het ontbreken van de gezagsverhouding tot de conclusie leidt dat de arbeidsverhouding maatschappelijk niet met een dienstbetrekking gelijk kan worden gesteld. Bij deze opmerking past een nuancering. Uiteraard bestaat er ruimte tussen de 'instructiebevoegdheid' van de opdrachtgever enerzijds en de aan de werkgever toekomende 'gezagsbevoegdheid' anderzijds. Een zekere mate van zeggenschap over het werk brengt nog niet altijd mee dat ook van een gezagsverhouding sprake is. Met dit arrest en de hierboven uitgevoerde analyse in de hand weten we echter niet veel meer dan dat de zojuist besproken gezichtspunten wel degelijk samenhangen met (het ontbreken van) de gezagsverhouding en de persoonlijke arbeidsverplichting en – in al dan niet onderling verband – leiden tot het ontbreken van maatschappelijke gelijkstelling. Duidelijke criteria omtrent het (ontbreken van) maatschappelijke gelijkstelling en hoe deze criteria zich verhouden tot de 'gewone dienstbetrekking' geeft de Hoge Raad niet. Dat komt de rechtsontwikkeling niet ten goede en kan mijns inziens eenvoudig leiden tot het illusoir worden van de regeling van de rariteiten.

4 Indicaties ontbreken maatschappelijke gelijkstelling versus (ontbreken) fictieve dienstbetrekking

Wanneer we focussen op de zaak die aan dit arrest ten grondslag ligt, rijst aan de andere kant de vraag wat de mogelijke uitkomst zou zijn geweest indien uitsluitend was getoetst aan de in het Rariteitenbesluit neergelegde eisen voor gelijkstelling met de dienstbetrekking. Is er aanleiding om te veronderstellen dat de toets aan deze eisen tot een andere uitkomst had geleid? In het hiernavolgende ga ik in op deze vraag. Achtereenvolgens zal ik ingaan op het vereiste van 'persoonlijke arbeidsverrichting', 'het verrichten van werkzaamheden als zelfstandige' en op het bestaan van 'een arbeidsverhouding'.

'Persoonlijke arbeidsverrichting'

Voor de fictieve dienstbetrekkingen geldt niet het vereiste van 'een persoonlijke arbeidsverplichting', maar slechts van 'persoonlijke arbeidsverrichting'. Voor de sekswerker is deze eis te vinden in artikel 5a lid 1 Rariteitenbesluit. Volgens de Hoge Raad volstaat voor de aanwezigheid van dit vereiste het feitelijk persoonlijk verrichten van de arbeid (HR 18 november 2016, *NTFR* 2016/2772). Hoe dit begrip zich verhoudt tot de vrijheid zich door een ander te laten vervangen is nog met enige onduidelijkheid omgeven (zie: L. van den Berg, 'Platformarbeid, Biedt het Rariteitenbesluit soelaas?', *TRA* 2019/15). In het onderhavige geval is de vrijheid zich te laten vervangen echter niet aan de orde, maar de vrijheid van komen en gaan. De hierboven besproken CRvB-jurisprudentie over de persoonlijke arbeidsverplichting als element van de arbeidsovereenkomst is zoals hierboven aan de orde kwam ook vrij ruimhartig als het gaat over de vrijheid van komen en gaan. Voor het begrip persoonlijke arbeid als onderdeel van de fictieve dienstbetrekkingen stelt de CRvB uiteraard geen zwaardere eisen (vgl. L. van den Berg, *Tussen feit en fictie* (diss. Amsterdam (VU), Den Haag:

Boom Juridische uitgevers 2010, p. 136). Persoonlijke arbeid lijkt dus in beginsel aanwezig. Of ook sprake is van ‘persoonlijke arbeid ten behoeve van de ander’ komt later bij de bespreking van ‘het bestaan van een arbeidsverhouding’ aan de orde.

‘Werkzaamheden als zelfstandige’

Artikel 8 Rariteitenbesluit bevat ‘uitzonderingen’ op de gelijkstelling met de dienstbetrekking. Een belangrijke uitzondering betreft het verrichten van werkzaamheden als zelfstandige in de zin van artikel 4 WAZ (zie art. 8 lid 1 onderdeel a Rariteitenbesluit). Van het verrichten van werkzaamheden in een zelfstandig uitgeoefend beroep is volgens de Hoge Raad sprake indien de werkende bij zijn werkzaamheden voldoende zelfstandigheid bezit ten opzichte van zijn opdrachtgevers (HR 20 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:AA9094). Ook het lopen van ondernemersrisico is relevant, bijvoorbeeld omdat de betrokkene verschillende opdrachtgevers heeft en/of relevante investeringen heeft gedaan (Hof Den Haag 23 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:946).

Het aan de zijde van het platform ontbreken van een door de werkverschaffer ter beschikking gesteld format omtrent de wijze van presentatie van de agents naar (potentiële) klanten zou een relevante indicatie kunnen zijn voor het beschikken van voldoende zelfstandigheid ten opzichte van de opdrachtgevers. Het ontbreken van investeringen in een werkplek, voorzieningen en apparatuur aan de kant van de werkverschaffer, betekent verder vaak dat de werkenden de voor het verrichten van de arbeid noodzakelijke investeringen zelf hebben gedaan. In de onderhavige casus werken de agents echter vanuit huis (hun werkplek) en vanachter hun eigen computer of telefoon. Men zou daarom geneigd kunnen zijn om te concluderen dat ook aan deze indicatie van het zelfstandig ondernemerschap is voldaan. Dit valt echter te bediscussiëren. In het onderhavige geval kan lastig worden gezegd dat sprake is van wezenlijke investeringen ten behoeve van het verrichten van het werk. Aangezien het gros van de in Nederland wonende personen een (eigen) huis heeft en een computer en/of mobiele telefoon in privébezit heeft, kunnen deze omstandigheden niet als zwaarwegende indicaties tegen het aannemen van een arbeidsovereenkomst worden beschouwd. De platformeconomie maakt het nu eenmaal mogelijk om diensten (zoals de onderhavige) aan te bieden waarvoor – behalve het platform zelf – nauwelijks betekenisvolle investeringen nodig zijn. Mocht het gebruik van het platform als essentieel worden beschouwd voor het (kunnen) verrichten van de werkzaamheden, dan zou de afhankelijkheid van platform voor het verkrijgen van werk eerder als een aanwijzing kunnen worden beschouwd dat sprake is van economische afhankelijkheid; een contra-indicatie van zelfstandig ondernemerschap (zie verder: L. van den Berg, ‘Platformarbeid, Biedt het Rariteitenbesluit soelaas?’, TRA 2019/15).

‘Het bestaan van een arbeidsverhouding’

Voor de aanwezigheid van een fictieve dienstbetrekking is ten slotte vereist dat sprake is van een ‘arbeidsverhouding’. De aanwezigheid van een arbeidsverhouding tot ‘de (gelijkgestelde) werkgever’ is het laatste dat uit artikel 5 aanhef en onder d ZW en WW en (onder meer) artikel 3, artikel 5 en 5a Rariteitenbesluit voortvloeit.

Hier bestaat uiteraard een zekere link met het hierboven besproken vereiste van ‘persoonlijke arbeid’ en de uitzondering op de gelijkstelling bij zelfstandig ondernemerschap. Om tot een fictieve dienstbetrekking te kunnen concluderen dient sprake te zijn van ‘het verrichten van arbeid ten behoeve van het werkplatform’. Indien het werkplatform uitsluitend optreedt als serviceverlener van een ‘voor eigen rekening en risico’ handelende platformwerker, kan van gelijkstelling geen sprake zijn (vgl. CRvB 12 december 1997, RSV 1998/121; HR 5 november 1980, BNB 1981/127). In de jurisprudentie over de in artikel 3 Rariteitenbesluit opgenomen tussenkomstbepaling zijn onder meer het verrichten van betalingen aan de werker en het bestaan van een zekere mate van zeggenschap over de werker indicatief voor het bestaan van een arbeidsverhouding (zie onder meer: CRvB 30 juli 2003, RSV 2003/256; CRvB 5 september 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU2930; Hof Arnhem Leeuwarden, te kennen uit: HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:1435).

Het hof oordeelde in het onderhavige geval dat de rechtsverhouding tussen het platform en de agents op wezenlijke punten in zodanig grote mate afwijkt van hetgeen bij een dienstbetrekking gebruikelijk is, dat niet gezegd kan worden dat de arbeidsverhouding tussen de agents en het platform maatschappelijk gelijk kan worden gesteld met een dienstbetrekking. Had het hof hier ook kunnen volstaan met het oordeel dat geen sprake is van een arbeidsverhouding tussen de agents en het platform? Ik neig naar een ontkennend antwoord op deze vraag. De agents zijn verplicht de door hen aangeboden diensten zelf – overeenkomstig het door hen zelf opgestelde profiel – te verlenen en zich te houden aan de door het platform vastgesteld algemene (diensten)voorwaarden. Het platform kijkt (steekproefsgewijs) mee om te beoordelen of de agents conform de algemene (diensten) voorwaarden werken. Indien een agent daaraan driemaal niet voldoet, maakt het platform het voor die agent onmogelijk om op het platform in te loggen. Verder betaalt het platform de agents een vergoeding voor de diensten die zij aan de klanten hebben geleverd. De agents kunnen de klanten niet rechtstreeks aanspreken voor betaling. Gelet op de zojuist besproken jurisprudentie waarin voor het bestaan van een arbeidsverhouding een zekere mate van zeggenschap en het verrichten van betalingen aan de werkers als indicatief worden beschouwd, zijn deze aspecten van de rechtsverhouding vermoedelijk (ruim) voldoende om van een arbeidsverhouding tussen het platform en de agents te kunnen spreken.

We kunnen dus – met enige voorzichtigheid – concluderen dat de door de Hoge Raad in het onderhavige arrest voorgeschreven inhoudelijke beoordeling van de maatschappelijke gelijkstelling met de dienstbetrekking wel degelijk ‘iets toevoegt’ aan de reeds bekende uit het Rariteitenbesluit voortvloeiende vereisten.

4 Tot slot

In het onderhavige arrest is duidelijk geworden dat de gezichtspunten van het ontbreken van maatschappelijke gelijkstelling met de dienstbetrekking zijn terug te voeren op het ontbreken van een gezagsverhouding. Dat lijkt opmerkelijk, omdat voor de regeling van de fictieve dienstbetrekkingen nu juist geen gezagsverhouding is vereist; het praktisch nut van de regeling zou dan immers denkbeeldig worden. Of toetsing aan de vereisten persoonlijke

arbeid, (afwezigheid van) zelfstandig ondernemerschap en het bestaan van een arbeidsverhouding in het onderhavige geval tot de afwezigheid van verzekeringsplicht zou hebben geleid, is zoals gezegd echter twijfelachtig. We kunnen immers aannemen dat de agents in het onderhavige geval persoonlijke arbeid ten behoeve van het platform verrichten, waarbij de mate van afhankelijkheid van het platform vermoedelijk zodanig is dat niet gesproken kan worden van zelfstandig ondernemerschap. De toets naar de maatschappelijke gelijkstelling voegt dus vermoedelijk wel iets toe aan het bekende kader, maar wat dan precies is nog met de nodige vraagtekens omgeven. Het zou de rechtsontwikkeling ten goede zijn gekomen indien de Hoge Raad duidelijker had uiteengezet hoe het (ontbreken van) maatschappelijke gelijkstelling zich verhoudt tot de gezagsverhouding als element van de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht.

In een tijd waarin op de arbeidsmarkt grote problemen spelen en de wet- en regelgever er al vele jaren – ondanks de vele verstrekte adviezen van gezaghebbende instituten – niet in slaagt een nieuw werknemersbegrip te ontwikkelen, grijpt de Hoge Raad voor de uitleg van de regeling van de fictieve dienstbetrekkingen terug naar Kamerdebatten van ruim zestig jaar geleden. Het behoeft weinig toelichting dat de arbeidsmarkt er in 1962 nog heel anders uitzag. Zorgen over het bestaan van inhoudingsplicht van loon- en premieheffingen vanwege een fictieve dienstbetrekking bij accountants, artsen en advocaten, hebben de afgelopen decennia plaatsgemaakt voor hoofdbrekens over de sociale bescherming van onder meer pakketbezorgers en platformwerkers. Ik vind het jammer dat de Hoge Raad (en/of de A-G) zich niet meer rekenschap heeft gegeven van de omstandigheid dat het actuele maatschappelijke en politieke debat een enorme draai heeft gemaakt. Dat klemmt temeer nu in het Rariteitenbesluit tal van (negatieve) voorwaarden voor gelijkstelling zijn opgenomen, die naar mijn mening prima kunnen bewerkstelligen dat de loon- en premieheffingen zich uitsluitend uitstrekken tot degenen die in een zekere afhankelijkheid van een ander werkzaamheden verrichten.

We kunnen ons aan de andere kant ook afvragen wat de maatschappelijke relevantie van dit arrest nu eigenlijk is. We leven – zes jaar na het DBA-debacle – immers nog steeds met een handhavingsmoratorium. Dit handhavingsmoratorium behelst dat uitsluitend naheffingen van premies en loonbelasting plaatsvinden indien sprake is van (nauwelijks te bewijzen) opzet, of indien aanwijzingen van de belastinginspecteur niet zijn opgevolgd. Verder geldt sinds de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (Wet DBA) voor de in artikel 5 Rariteitenbesluit geregelde ‘persoonlijke arbeid-verrichters’ – vermoedelijk de belangrijkste groep van de in artikel 5 onder d ZW en WW met een dienstbetrekking gelijkgestelde arbeidsverhoudingen – een opting-outregeling. Deze houdt volgens artikel 5 lid 4 Rariteitenbesluit in dat geen fictieve dienstbetrekking aanwezig is indien partijen voor de aanvang van de betaling van de beloning in de schriftelijke overeenkomst het beding hebben opgenomen dat partijen beogen geen fictieve dienstbetrekking aan te gaan. De lagere regelgever heeft het gelet op dit arrest immers niet (geheel) in zijn macht om te bepalen welke ‘rariteiten’ maatschappelijke gelijkstelling verdienen, maar wel om de regeling van de rariteiten haar praktische betekenis te ontfangen. Verder is het ontbreken van zelfstandig ondernemerschap ook voor de kwalificatie als

arbeidsovereenkomst door de jaren heen een steeds belangrijkere rol gaan spelen. Mocht de Hoge Raad de conclusie van A-G De Bock bij het *Deliveroo*-arrest (concl. A-G 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578) volgen, dan staat straks het verrichten van werkzaamheden in dienst van een ander zelfs volstrekt tegenover het werken als zelfstandige en is de regeling van de fictieve dienstbetrekkingen in principe (nagenoeg, zie immers de overige in art. 8 Rariteitenbesluit opgenomen uitzonderingen) overbodig.

Dit arrest ondersteunt de (sombere) stelling dat we van de Hoge Raad geen grote oplossingen hoeven te verwachten. In de woorden van A-G De Bock ligt het ‘verduidelijken in wetgeving’ niet bij de Hoge Raad, maar het geven van een ‘eigentijdse uitleg’ wél (nr. 8.5 bij de conclusie inzake *Deliveroo/FNV*, concl. A-G 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578). Ik kan me niet aan de indruk onttrekken dat de Hoge Raad in het onderhavige arrest precies het tegenovergestelde heeft gedaan. Je zou natuurlijk kunnen zeggen dat het arrest in potentie wel een zekere ‘vernieuwing’ geeft. Mocht het handhavingsmoratorium worden opgeheven, dan zal de komende jaren duidelijk moeten gaan worden welke maatstaven (verder) gelden voor de vraag hoe te beoordelen of een arbeidsverhouding maatschappelijk met een dienstbetrekking kan worden gelijkgesteld. Ook zal dan duidelijk dienen te worden in hoeverre de maatstaven voor maatschappelijke gelijkstelling zich verhouden tot de gezagsverhouding enerzijds en tot die van (het ontbreken van) zelfstandig ondernemerschap en het bestaan van een arbeidsverhouding tot de (gelijkgestelde) werkgever anderzijds. Ik hoop van harte dat deze vragen tegen die tijd al hun praktische waarde hebben verloren, omdat dan allang een nieuw en toekomstbestendig(er) werknemersbegrip in het BW is opgenomen.

Lucy van den Berg